



TITLE:

# 日本の家族制度と民法(上)

AUTHOR(S):

三浦, 周行

---

CITATION:

三浦, 周行. 日本の家族制度と民法(上). 経済論叢 1930, 31(5): 634-647

ISSUE DATE:

1930-11-01

URL:

<https://doi.org/10.14989/129954>

RIGHT:

# 東京帝國大學經濟學會 經濟論叢

第三十一卷 第五號

昭和五年十一月一日發行

## 論叢

遊興税の若干問題 . . . . . 法學博士 神戸 正雄  
日本の家族制度と民法 . . . . . 文學博士 三浦 周行

## 說苑

勢力と經濟 . . . . . 文學博士 高田 保馬  
徳川時代の工業と商業資本 . . . . . 經濟學士 菅野 和太郎  
米の卸賣相場と小賣相場との關係 . . . . . 經濟學士 谷口 吉彦  
世界商品價格の決定 . . . . . 經濟學博士 作田 莊一  
獨逸舊税制の崩壊と財政調整法 . . . . . 經濟學士 中川 與之助  
歸屬理論の一考察 . . . . . 經濟學士 柴田 敬

## 雜錄

元祿時代歸農武士の家計 . . . . . 經濟學博士 黒 正 巖  
統計拾穗抄 . . . . . 法學博士 財部 靜治  
正司考祺の專賣反對論 . . . . . 經濟學士 堀江 保藏

## 附錄

新着外國經濟雜誌主要論題

（禁轉載）

## 日本の家族制度と民法（上）

三 浦 周 行

### 一 家族制度に關する國民の關心

最近、國民の間に、殆ど忘られんとしてゐた家族制度の名が、世人の舌端に上るに至つた機會が、凡そ三つある。其一つは、政府の臨時法制審議會が、我淳風美俗に依つて、民法中、主として親族、相續の二編に改正を加へんと審議を経た結果、改正要綱が發表されたが、其中には、同じく家族制度を尊重したといはるゝ現行民法の規定と對照して、著しく其精神を異にするものが少くないのを見て、家族制度の破壊だと考ふる人もあつて、家族制度の問題が、學者の注意に上つた事である。

其二つは、多年家族主義に依つて、勞資の協調が理想的に行はれてゐるのを誇りとし、實際、未だ嘗て一回の爭議にも見舞はれた事のなき鐘淵紡績株式會社が、先頃、此珍らしき記録を破つて、爭議に襲はれたのを見て、此種の會社に於ける家族主義の實行難が痛感され、論議さるゝに至つた事である。

其三は、我國現下の重大なる社會問題であると同時に、又世界的の問題でもあるところの失業問題が、日増に深刻化するにつれて、世界各國に於ける失業者の統計が擧げられた中に、我國の場合は、他の諸外國にこれなき家族制度の存するが爲めに、親族の間に、自然相互扶助が行はれてゐるから、統計面に現はれてゐないものにも失業者があるといはれ、そこにも家族制度の事が、今更乍ら世人の注意を惹く事となつたのである。

斯様に最近二三の動機から、國民の關心が家族制度に向つたのは、偶然乍ら事實である。而かも向つたといつても、それは一時的の現象であつて、格別永續性があらうとは思はれぬ。例へば脱ぎ棄てゝから久しく見向きもせなかつた衣裳を、何かの機會に取出して見たやうなものであらう。而かも其瞬間に於て、國民は、我ありし昔の姿を思ひ起して、今の身に引比べる事が出來た丈でも滿更無意義の事ではなからう。

我國今日の教養ある人々の間に於ては、所謂淳風美俗の多くが、古來の家族制度に基づいてゐるといふ事は、殆ど疑はれない。故に一面には、機會ある毎に思出したるが如くに、此舊慣の尊重すべきを説きもすれば、其保存を圖らんとする。併し又他面には、最早それが近代的色彩を失つた時代後れの制度だとして、其廢頽に任すの外なきを信じてゐるものもある。臨時法制審議會の如きは、幾分前者に屬するものであり、我國に於ける失業者の減少を親族間の相互扶助に歸

せんとするもの、如きも、亦家族制度の存在に多少の望を繋けてゐる部類の人々であらう。これに反して鐘紡の惹起した労働爭議を見乍ら、家族主義の崩壊と看做して快哉を呼ぶもの、如きは家族制度を嘲笑して、時代後れとする惡流であらう。

公平にして中正なる見地に立つものは兩者の何れに與みすべきであらうか。

## 二 民法の起源

私は今こゝでは現代の此問題に答へんとするものではなく、主として法制史の見地から、日本の家族制度と民法との交渉關係について説かんとするものであつて、敢て家族制度の全般を語らんとするものではない。

法制史に於て、刑法の制定は、一般に他の諸法制に先んずるを通例とするが、明治年間の法制史に於ても亦同様であつて、明治の初年、既に明治天皇が刑法官をして刑律を修選させられた事を始め、明治三年の新律綱領、同六年の改定律例から、同十三年の刑法、及び刑事訴訟法たる治罪法の制定に至つて、略備はるを得た。是に於て、政府は更に民法の編纂に著目する事となつた。明治初年の刑法は、大寶律令や、江戸幕府の刑法の外、支那の古代法殊に明律の影響を受くるものが多かつたが、他面歐米諸國との通商條約改締の必要から、是等諸國人をして、我國法の下に

安堵せしむるには歐米諸國の法制を參酌するの要があつた爲めに明治三年、太政官に制度取調局を置き、佛國の法典を翻譯させられた。當時同局内に民法編纂會が設けられ、司法卿江藤新平氏が其會長であつたが、氏は日本と歐洲各國とは各其風俗習慣を異にするけれども、民法を必要とする事に變りはないから、佛蘭西民法に基づいて日本の民法を制定せなければならぬとの意見であつて、當時世界の模範法といはれた佛蘭西民法を其儘日本の民法とせんとしたとさへいはれてゐる。これ我國に於ける法律思想が、從來の支那法系から羅馬法系に移りつゝあつた事を示すものである。明治の初年の法律思想が佛蘭西法のそのの影響を受くる事の多かつたのは斯る徑路からであつた。

先づ民法の語についていふならば、此語の存在はもとより明治以前には見られなかつた。明治六年、政府の命を受けて箕作鱗祥氏が佛蘭西六法を翻譯するに當つて始めて此譯語を用ゐてから一般に使用された。然るに當時民法の語は今私法といふと殆ど同意義に使用されてゐる。明治八年史官の編纂した法例彙纂民法の一の例言にも、「凡人民ト政府トノ間ニ生スル法ヲ國法トイヒ人民相互ノ際ニ生スル法ヲ民法トイフ國人ハ此兩法ノ中ニ保護セラル故ニ國法ハ民法ニ順ヒ民法ハ國法ヲ破ラス上下協シテ天地泰ナル之ヲ安寧トイフ」云々と見える。所謂國法は公法を意味し、民法は私法を意味する事、これを以て見ても明白である。今日にても、實質上からして民法の定

義を下すならば、民事に關する普通私法の原則を定むる法令の全體であるといへるから、敢て大した矛盾のある譯ではないけれども、當時の所謂民法は商法の規定をも包含する點に於て、實に私法其者であつた。然るに古來我國には此種の立法に未だ纏まつたものがなかつたから、明治の初年以來、内治外交殊に條約改正の爲め、法典を完備すべき必要からしても、民法の編纂が急務と看做された。稍後の事ではあるが、明治十三年國會問題の高潮した時各參議の意見を上つた中に、井上參議（馨）が、「國會ヲ興スニハ則チ先ヅ憲法ヲ定ムルニ在リ、憲法ヲ定ムルニハ則チ先ヅ民法ヲ編スルニ在リ」云々といつてゐるのは、民法制定を憲法のそれよりも急務なりとした見方である。明治五年、學制が頒布されたが、其小學敎則に修身の敎科書として性法略なる法律論の譯書が採用された。當時地方に依つては、法律書ならば、他書を代用してもよからうと、文部省の認可を受けて箕作麟祥氏譯の佛蘭西民法を採用した縣が十縣以上に及んだといはれる。此驚くべく無謀な出來事も、亦民法に對する國民の關心の高まつてゐた事を裏書するものである。而かも如何に急を要するからといつて、佛蘭西民法の採用といふが如き事はもとより實現さるべきでなかつたから、明治六年大木喬任氏の司法卿となるに及んで民法の編纂を國家永遠の利害に關する大事業であるとして慎重の態度を執るに決し、司法省内に刑法編纂課と共に民法編纂課を置き箕作氏等をして一面佛蘭西法の翻譯に着手せしむると同時に、他面には又我習俗法制的調査に従

事させた。明治八年七月八日、太政官布告第百三號裁判事務心得第三條に於て、民事の裁判に成文の法律なきものは習慣に依り、習慣なきものは條規を推考して裁判すべき事を規定し、別に史官をして法例彙纂民法之部を編纂させてゐるが、其例言に、「從來本邦ニ民法ナシ、之ナキニ非ルナリ、昭明ナラサルナリ、民法ノ昭明ナラサル、國ノ安寧必ス歉然ナル所アラン大命新マリテ後ニ諸法漸クニ秩次ニツク、因テ布告布達指令ノ諸牒ヨリ其民法ニワタルモノヲ集メテ此篇ヲナス」、云々として、民法の編章を立て、其下に、明治元年正月より七年十二月に至る迄の太政官の布告、各省の布達、官省の指令等のこれに相當するものを收め、間々東京府の布達を載せて編纂したのは、民法編纂の一準備であつたが、それすら明治以前には溯つてをらぬ。同年政府は又民法を編纂する爲めに、民法編纂委員を命じ九年六月に、民法の起草に着手したが、十一年四月に草案が成つた。それは殆ど佛蘭西民法の翻譯といつてもよいものである。さればこれに満足する事の出来なかつた政府は、明治十二年に、刑法の草案を作つた司法省顧問佛蘭西人ボアンナード氏をして更に民法を起草させる事としたのである。

民法は元來身分法と財産法とに分つ事が出来るが、ボアンナード氏も、羅馬法以來の傳統を逐うて、身分法を編首に置く事とした。其修正民法草案は、第二編より始めてゐるが、第一編の身分法即ち人事編については、公法及び私法に係る此部分は「大ニ習俗ヲ參酌スルニ非レハ之ヲ編



纂スヘカラス」と辨じて、これを他の諸編を編纂した後に譲る事としてゐる。民事商事に關する慣例類集の編纂も其前後に起つた。斯様に我國古來の慣例習俗を基礎とすべき民法中、吾人の日常生活に最も緊密の關係を有する身分法が、外國人に依つて編纂されたとすれば、もとより其完璧は望まれぬ。されば政府は明治十三年四月、新たに民法編纂局を設けて數名の委員をしてボアンナード氏の草案を審議させ、十九年三月迄に、財産編と財産取得編とを脱稿したが、同年同局は廢止せられて、新たに外務省に法律取調委員を置かれ、同二十年には、報告委員を設けて、ボアンナード氏の草案を審査させた。これを司法省より外務省に移したのを見ても、其目的の不平等條約の改正準備とするにあつた爲めと知られる。同年條約改正中止の議の起つた爲め民法の編纂も一時頓挫したが、司法大臣山田顯義氏は法律取調委員長となつてボアンナード氏に民法の財産編、財産取得編の大部分、債權擔保編、證據編の起草を命じ、只人事編及び財産取得編中の相續遺贈、贈與、及び夫婦財産契約に關する部分は邦人の委員に起草させた。爾來草案の成るに従つて元老院の議を經、明治二十三年逐次これを公布して、明治二十六年より實施する事と定めた。是より先き、商法は民事訴訟法と共に、明治二十四年より實施の筈であつたが、二十三年の末に至つて、俄にこれを延期し、民法と同じく明治二十六年より實施する事に定められたのである。

### 三 民法實施の延期と賛否兩論者の辨駁

然るに是より先き、明治二十一年には、市町村制が制定されて地方自治の制度が確立し、二十年には、帝國憲法の欽定を見て、國民の身分權利が確保された。憲法よりも急務と看做された民法の制定が却て憲法よりも後るゝ事となつたのである。斯くて法律的に目ざめた我國の識者の中には、餘りに佛蘭西民法の模倣に過ぎた法典の實施に慊らず、明治二十三年以來、其實施延期の論争が盛んに闘はされて議會の問題となり、明治二十五年に至つて其頂點に達した。當時民法の實施反對の理由として擧げられたものゝ中には、其組織、内容の缺陷があつたが、就中最も重きを置かれたのは、矢張其規定が日本の慣習民俗に背戾すといふの點にあつた。即ち此民法は、佛蘭西法系に屬し、自然法の法理に基づいてゐるが、法理の進歩は、最早自然法の存在を認めないやうになつてをり、今日にては、法は民俗習慣に従ひ、歴史的に發達するものであるといはれ、佛蘭西法系以外に於ても、幾多の新らしき諸國の立法例が出來てゐるから、日本の民俗にも合せ、又斯様な立法例をも參酌して編纂すべきであるといふにあつた。此點から見たならば、此論争はこれを自然法學派と歴史法學派との争と看做すべきであつて、民俗慣習の問題が、兩派の間、討議の中心となつたのも寧ろ當然であつた。當時民法の實施に反對するものは、これを以て、或は

倫常を壞亂すといひ、或は民法の人事編は羅馬法に據れりといひ、或は又耶蘇敎の個人主義に基けりと唱へ、(明治二十五年五月、明法誌叢號外法典の實施に關する明法會の意見)「人事編の大主義たる個人主義に則り、舊慣を一掃したり、法文中往々家、戸主等の文字を見ざるにあらずと雖ども、民法の所謂家なる者は、耶蘇敎俗の家なり夫婦同居せる一族の總稱たるに過ぎず」、「民法は數千年來の習俗を排却して、箇人本位の人事編を布き、耶蘇敎國の敎を入れ、固有の倫理を蹂躪す」抔と喝破するに至つた。(法治協會雜誌號外「辯妄」所引英法學者十一名の法典實施延期意見書)

反對論者は更に「民法が天然法、自然法の原則を認め、法は人世自然に具備するものにして國家の意思に依て始めて定まるものにあらずるが如き精神を以て主義とするは、大に國體に背反するものと云ふべし」といひ、甚だしきは「是れ昔時ルーソー輩が唱道せる民主共和主義の民法なり」といひ、「民法は國家的思想に乏しく、國家政府は人民天職の權利自由の敵なるが如くに認めたるの跡は歷々蔽ふへからず」とさへ極言したのもある。(法治協會雜誌號外「辯妄」)

民法の人事編、相續編の編纂に當つて、我國固有の慣習の尊重すべきは、民法實施の賛否兩論者が共に承認せざるべからざる問題であつたが、奈何せん、當時は未だ慣習調査の餘裕も準備も有たなかつたが故に、實施論者は、主として條約改正の必要上、其制定を急ぐべきを説き、慣習については、「我國古來慣習故例アリシコトハ吾輩亦之ヲ了セリ、然レドモ古來ノ慣習故例ハ維

新革命ト共ニ既ニ泯滅ニ歸シ去レリ、其今日ニ遺存スルモノ果シテ幾何カアル、縱令多少ノ遺存スルモノアリトスルモ、是レ多クハ封建時代ノ舊慣故例ノミ、其今日ノ人事ニ適應ス可キモノ果シテ幾何カアル、」云々との奇説を吐くもあれば、(法律雜誌號外法典實施意見)又「論者ハ知ラスヤ、二十餘年前ノ我邦ノ慣習ハ、封建國、閉鎖國ノ慣習ニシテ、今日ノ立憲國ニ適セサルコトヲ、又二十餘年來ノ慣習ハ日尙ホ淺クシテ、眞ノ慣習ト看做スコト能ハザルヲ、況ンヤ其所謂慣習ハ、殆ト年々ニ變更シテ、確定セシ所アラサルヲヤ、」(明法誌叢號外法典實施意見)といつて、舊慣故例を明治以後のそれに限るものと見、所謂慣習を軽く取扱はんとしたものもあり、又民法の規定の中には「或ハ慣習故例ニ背キ、國風人情ニ違フモノモ亦之ナキニ非サル可シ」と其慣習に背くものゝある事を是認したものさへもあつた。彼等の中には、又慣習を改むるは、成るべく道德に依頼し、慣習が改まつてから法律を改むるが常ではあるが、其弊の大なるものは、法律に依つて、先んじて慣習を改め、道德を制するの必要もないではないとの議論をも唱へたものもある。(法律實施意見)

反對論者が此民法を以て、源を羅馬法に汲み、耶蘇敎國の個人主義を執るものであるとし、耶蘇敎は君父を崇敬するを以て耶蘇基督を侮辱するものとするから、此民法も古來の風俗人情を破壊し、倫常を壞亂するものであるとの極端なる非難を加へたのに對しては、賛成論者は、此民法の人事編、相續編には、歐洲各國の制度に比すれば、全く趣きを異にするものがある、人事編に

於ては、戸主あり、家族あり、養子あり、庶子あり、相續編に於ては、長子總領あり、隱居家督あり、是等は何れも從來の慣行の家族制度を保存するものであつて、今日個人主義を執つてゐる歐米各國に其類例を見ず、却て古代家族主義の盛んであつた羅馬に其類似の制がある事を指摘し、論者が此民法の源を羅馬法に汲むといつてゐるのは、これを指していふのであるが、然らば則ち我古來の慣例は悉く皆羅馬法に基いてゐるといはざるを得ないであらうと、逆襲擲擲してゐるものがある。(法律雜誌號外法典實施斷行意見) 如何にも尤の次第であつて、反對論者の羅馬法を個人主義に結附け、又耶蘇敎の敎理に結附けた議論は、大人氣なき議論と謂はなければならぬ。

加之賛成論者は、民法は古來の家族制度を採用したが、これのみに拘泥せずして、幾分か個人主義を斟酌した、只激變を避けんが爲めに、これを必要に適應すべき限度に於て調和せしめたものである、論者若しこれを以て我家族制度を破壊するものであるといふならば、社會の進運を知らぬものであると辨駁してゐる。此主張は議論としては誠に見上げた識見と謂はなければならぬ。只其編纂内容が果たして其説くところの如くなるや否やは、一々具體的事實に基づいて、改めて検討せなければならぬ。

#### 四 内容の検討

舊民法に於て、最も非難の焦點となつたもの、中、第一には人事編第十九條に

親屬トハ血統ノ相聯絡スル者ノ關係ヲ謂フ

六親等ノ外ハ親屬ノ關係アルモ民法上ノ効力ヲ生セス

といひ、又第二十六條に

直系ノ親族ハ相互ニ養料ヲ給スル義務ヲ負擔ス

といふのが其一つであつた。これに反對するものは、斯くては家を去つたる父、又は母と、其子との間に於ても、猶ほ養料を給するの義務が存する事となるが、從來の制度慣例にては、父と繼母とに關する情義を重んじ、先婦を以て親族中に加へず、法律上親子間の關係なきものとしたのに反すと非難し、賛成するものは「縁ハ切レテモ血ハ切レヌ」どの俚諺もあるが如く、繼父母の情義に拘はり、實父母の饑寒に迫るを坐視するが如きは、あるべき筈なく、縱しそれが舊來の慣習にあつても、民法は倫常を維持する爲めにこれを規定すべきであると辨護してゐる。(法典實施意見)

次に第二には、人事編第二百三條に

庶子ハ父母ノ婚姻ニ因リテ嫡出子ト爲ル

とあるに對して、反對論者は「コレ亦個人主義ノ歐洲制度ニシテ、家督相續ヲ以テ、人事ノ最モ重キモノトナスノ外國ニアリテハ、甚タ不當ノ規定ト謂ハサルヲ得ズ」と駁し、賛成論者は、法文の

所謂庶子とは、従前の如く、特に妾服の子を指すにあらず、只正式の婚姻に基かないで生んだ子を、汎く庶子と稱するものであるから、それが適法に結婚をなすに於ては、先きの庶子たるものを嫡出子となすは事實當然である、只父母が公然結婚をせないで生んだからとて、同胞前出の子を、如何にしても嫡出子とする事が出来ぬとするは不條理であるばかりでなく、全く舊慣に違ふものであると反駁してゐる。

第三に、反對論者は民法には父死亡する時は、母をして當然後見人たるの權利を有せしめてゐるから、一家の財産は悉く未亡人の意思を以て自由に處分する事が出来る、これ家を重んじ家を以て一法人とするの家族制度に適せずと論じた。(辯妄) 然るに舊民法人事編第四百九條には、

親權ハ父之ヲ行フ

父死亡シ又ハ親權ヲ行フ能ハサルトキハ母之ヲ行フ

とあり、又同編第二百二十四條には、禁治産者の場合、配偶者あらざる時は其家の父が後見人となり父あらざる時は親權を行ふ事を得べき母が後見人となる規定されてゐるが、此場合の母は、親權と最も密接の關係がある事を忘れてはならぬ。これに對して賛成論者は、「舊慣を按するに、一家の父死亡し、其子幼弱なるに方り、母の存否に拘らず、必ずしも後見人を撰定すべきは士分以上に於て然りしなり、且つ其中、等以下に在りては、後見人を置くも名義に止まり、母あれば、

母自ら後見の實務を執ること多かりき、庶民に至りては、父を喪へる幼弱の戸主に、母若くは祖父母あれば別に後見人を選ぶこと實際例外たりしもの、如し、」といつて、中流以下庶民の間に於て、父なき場合、母が親權を行使し、後見の實務を執つた慣習を認め、それが家族制度の許すところであると辨駁してゐる。(辯妄)

斯くて舊民法の賛否は政治問題に結び附けられ、遂に帝國議會の議決に従つて、明治二十九年十二月三十一日迄、其施行を延期し、其間に全部の修正を行はしむる事となり、明治二十六年三月、法典調査會を設けられ、修正案成るに従つて、政府はこれを帝國議會に提出し、其決議を経て逐次公布した。即ち明治二十九年四月、民法總則、物權編、及び債權編の三編が成り、最も議論の焦點となつた人事編及び財産取得編中の相續、遺贈及び夫婦財産契約に關する部分は、親族編、相續編として明治三十一年六月民法施行法及び其他の附屬法律と共に公布され、次いで七月十六日から施行された。國民は明治政府が始めて民法の編纂に着手してから實に二十八年を經過して此國民生活に取つても、將た又對外關係に取つても喫緊事とされた大法典を得たのである。法典調査會々員中にも起草委員中にも賛成論者の巨頭もあれば又反對論者の領袖もあつたが、其修正に係る新民法は、當然古來の家族制度を尊重し、古法舊慣を斟酌したものでなくてはならぬ。(未完)